

# VU Research Portal

## Eigen schuld van de opdrachtgever in geval van verzuim van een waarschuwingsplicht van de aannemer

Jansen, C.E.C.

### ***published in***

Tijdschrift voor Bouwrecht  
2019

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

### ***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Jansen, C. E. C. (2019). Eigen schuld van de opdrachtgever in geval van verzuim van een waarschuwingsplicht van de aannemer: Reactie op het artikel 'Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop? (Deel 1)'. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 2019(4), 324-328. [2019/51].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Eigen schuld van de opdrachtgever in geval van verzuim van een waarschuwingsplicht van de aannemer

## Reactie op het artikel 'Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop? (Deel 1)'

– Prof. mr. C.E.C. Jansen<sup>1</sup>

**K**eirse en Broekema-Engelen gaan in het eerste deel van hun artikel 'Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop?'<sup>2</sup> uitvoerig in op het volgende gevaltype. Een opdrachtgever draagt een aannemer op om een ontwerp uit te voeren. Het aan de aannemer verstrekte ontwerp blijkt echter gebrekkig te zijn. De aannemer wist of behoorde van dat gebrek te weten, maar heeft verzuimd de opdrachtgever daarvoor te waarschuwen. De vraag die vervolgens rijst is of de aannemer - wiens aansprakelijkheid immers kan worden gevestigd - zich ter beperking van zijn schadevergoedingsverbintenis met succes kan beroepen op eigen schuld van de opdrachtgever, op grond van art. 6:101 lid 1 BW.

De auteurs onderscheiden met het oog op de beantwoording van deze vraag een tweetal varianten van het gevaltype. In de eerste variant is het de opdrachtgever zelf die het ontwerp heeft vervaardigd. In de tweede variant heeft een ander dat gedaan, in opdracht van de opdrachtgever.<sup>3</sup>

Wat die *tweede* variant betreft, stellen de auteurs zich op het standpunt dat de gedraging van die

ander - het vervaardigen van een gebrekkig ontwerp - in de verhouding tussen de aansprakelijke aannemer en de opdrachtgever in beginsel alleen als eigen schuld aan de opdrachtgever zal kunnen worden toegerekend in die gevallen waarin de opdrachtgever op grond van de wet voor die ander verantwoordelijkheid draagt. Daarvan is sprake wanneer die ander een hulppersoon (art. 6:76 BW), een werknemer (art. 6:170 BW), een niet-ondergeschikte opdrachtnemer (art. 6:171 BW) of een vertegenwoordiger (art. 6:172 BW) van de opdrachtgever is.<sup>4</sup> In het verlengde hiervan betogen de auteurs dat wanneer die ander een architect is die het ontwerp heeft vervaardigd op basis van een met de opdrachtgever gesloten overeenkomst van opdracht, aan de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW niet zal kunnen worden toegekomen. Het argument dat zij daarvoor aanvoeren is dat art. 6:171 BW op grond van de wetsgeschiedenis restrictief moet worden toegepast. De wetgever heeft volgens de auteurs vooral het oog gehad op gevallen waarin de opdrachtgever en de niet-ondergeschikte als een zekere eenheid van onderneming kunnen worden beschouwd, waarbij in het bijzonder valt te denken aan de niet-ondergeschikte opdrachtnemer die aan de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever zelf deelneemt. Omdat opdrachtgevers in de regel echter niet zelf ontwerpen, aldus nog steeds de auteurs, zal art. 6:171 BW in de regel niet - via 'reflexwerking' - tot eigen schuld van de opdrachtgever kunnen leiden.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij is tevens voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven Den Bosch en Den Haag.

<sup>2</sup> Zie TBR 2018/87, p. 580-593. Ik ga in deze bijdrage niet in op het tweede deel van het artikel van Keirse en Broekema Engelen dat gepubliceerd is in TBR 2018/152, p. 1006-1021.

<sup>3</sup> De eerste variant lijkt vooral aan bod te komen in paragraaf 3 van het artikel en de tweede variant in paragraaf 4, in het bijzonder in paragraaf 4.5. Het onderscheid wordt overigens niet heel scherp getrokken.

<sup>4</sup> Zie TBR 2018/87, p. 588 en 592.

<sup>5</sup> Zie TBR 2018/87, p. 589 en 592.

De auteurs stellen vervolgens dat in Asser/Van den Berg een afwijkende visie wordt aangehangen.<sup>6</sup> Van den Berg zou - aldaar<sup>7</sup> - er van uitgaan dat de ontwerpfout van de architect als eigen schuld aan de opdrachtgever kan worden toegerekend omdat het ontwerp 'binnen zijn verantwoordelijkheidsgebied' ligt. Strikt genomen lijkt Van den Berg zich in de bedoelde passage echter niet uit te laten over de *tweede* variant van het gevaltype, maar over de *eerste*: het gebrekkige ontwerp is van de opdrachtgever zelf afkomstig. Vanuit dat perspectief bezien is het dan op zich begrijpelijk - anders dan de auteurs lijken te veronderstellen<sup>8</sup> - dat Van den Berg voor de onderbouwing van zijn redenering steun zoekt bij het arrest KPI/Leba.<sup>9</sup> De feiten van dat arrest sluiten immers goed aan bij de eerste variant van het gevaltype, niet bij de tweede. Het voorgaande betekent bovendien dat de kanttekening van Keirse en Broekema-Engelen dat de afwijkende visie van Van den Berg in de bouwrechtelijke literatuur veel zou worden gevolgd - ten onrechte, naar hun mening - enige verwarring oproept. De visie die Van den Berg in de door de auteurs bedoelde passage uitwerkt, wordt immers wel degelijk geproblematiseerd maar om een geheel andere dan die welke de auteurs voor ogen hebben. Dat blijkt nota bene uit die passage zelf: Van den Berg bespreekt daarin uitvoerig de kritiek die op zijn visie is geleverd. Ik kom daar zo dadelijk nog op terug.

Wat aan de auteurs echter kan worden toegevoegd, is dat Van den Berg voor wat betreft de *tweede* variant van het gevaltype inderdaad het standpunt heeft ingenomen dat de ontwerpfout van de architect in beginsel als eigen schuld aan de opdrachtgever kan worden toegerekend. Van den Berg deed dat in zijn dissertatie.<sup>10</sup> In dat kader is hij niet ingegaan - en als ik het goed zie: ook in zijn latere geschriften niet - op het aan art. 6:171 BW ontleende argument dat Keirse en Broekema-Engelen nu te berde brengen. Ik laat die kwestie hier verder rusten, omdat Van den Berg daar elders in dit nummer (TBR 2019/49) zelf op ingaat.

Waar ik in het navolgende wel op zou willen ingaan, is de vraag of een beroep van de aannemer op eigen schuld van de opdrachtgever in de eerste variant en - voor zover de opdrachtgever inderdaad verantwoordelijk is voor het gebrekkige ontwerp dat een ander voor hem heeft gemaakt - in de tweede variant van het gevaltype, niet om een andere reden zou moeten worden geproblematiseerd.

In paragraaf 3.2 van hun artikel geven Keirse en Broekema-Engelen een heldere uiteenzetting van de denkstappen die op grond van art. 6:101 lid 1 BW moeten worden gezet met het oog op een oplossing van het gevaltype:<sup>11</sup>

1. er moet sprake zijn van causaal verband tussen (een deel van) de schade en een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde (de eis van causaal verband);
2. de omstandigheid aan de zijde van de benadeelde moet deze kunnen worden toegerekend (de eis van toerekenbaarheid);
3. er moet een weging plaatsvinden van de mate waarin de aan ieder der partijen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen (de causaliteitsmaatstaf); en
4. er moet worden beslist of een schadedeling overeenkomstig de in denkstap 3 gebleken causale afweging volstaat, of dat de schade op grond van de billijkheid anders over partijen moet worden verdeeld (de billijkheidscorrectie).

Bij hun uiteenzetting van de tweede denkstap - de eis van toerekenbaarheid - bespreken de auteurs onder andere de opvatting van Van den Berg. In dat verband merken zij op dat Van den Berg betoogt dat wanneer de omstandigheid aan de zijde van de benadeelde in voldoende causaal verband staat tot de schade - in het gevaltype: het aan de aannemer ter beschikking stellen van een gebrekkig ontwerp - dat reeds voldoende is om het leerstuk van eigen schuld in stelling te brengen.<sup>12</sup> De auteurs wijze deze opvatting terecht af: de eis van toerekenbaarheid brengt immers mee dat de omstandigheid aan de zijde van de opdrachtgever, die in causaal verband tot de schade staat, *tevens* als een normschending van de opdrachtgever moet kunnen worden gekwalificeerd.<sup>13</sup>

Waar de auteurs vervolgens echter aan voorbijgaan, is dat Van den Berg méér doet dan het enkel in twijfel trekken van de noodzaak tot het zetten van deze tweede denkstap. Van den Berg vervolgt zijn betoog namelijk door er veronderstellenderwijs van uit te gaan dat art. 6:101 lid 1 BW *wel* vereist dat van een normschending van de opdrachtgever sprake moet zijn,<sup>14</sup> om vervolgens - opnieuw<sup>15</sup> - tot de conclusie te komen dat de aannemer in het geschetste gevaltype in beginsel met

<sup>11</sup> Zie TBR 2018/87, p. 584.

<sup>12</sup> Zie TBR 2018/87, p. 584 met verwijzing naar Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102.

<sup>13</sup> Zie voor een overzicht van dit meerderheidsstandpunt in de literatuur: Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 174.

<sup>14</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 175.

<sup>15</sup> Tot die conclusie komt hij namelijk eveneens in de door hem verdedigde tweefasentoetsing, waarbij zoals gezegd een normschending van de benadeelde *niet* zou zijn vereist, zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 173-174.

<sup>6</sup> Zie TBR 2018/87, p. 590, tweede kolom met verwijzing naar Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102.

<sup>7</sup> Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 173.

<sup>8</sup> Zie TBR 2018/87, p. 591, eerste kolom.

<sup>9</sup> HR 18 september 1998, NJ 1998/818 (KPI/Leba). Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017/103.

<sup>10</sup> Zie M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990, nr. 103-104.

succes een beroep zal kunnen doen op eigen schuld van de opdrachtgever. In zijn proefschrift kwam Van den Berg aan dit deel van zijn betoog overigens nog niet toe.<sup>16</sup> Dat hij dat nadien alsnog heeft uitgewerkt, houdt waarschijnlijk verband met het feit dat ik hem daartoe heb aangemoedigd in mijn proefschrift.<sup>17</sup> Daarin heb ik namelijk geopperd hij de onderbouwing van zijn standpunt zou kunnen versterken door - in lijn met het Duitse recht<sup>18</sup> - de eventuele normschending aan de zijde van de opdrachtgever te zoeken in de gebrekkige medewerking die deze aan de aannemer verleent wanneer hij een ondeugdelijk ontwerp ter beschikking stelt.<sup>19</sup> Die mogelijkheid heb ik in mijn proefschrift vervolgens eerst zelf verkend, om tot de conclusie te komen dat het enkele ter beschikking stellen van een gebrekkig ontwerp op zichzelf onvoldoende is om een tot eigen schuld leidende normschending van de opdrachtgever aan te kunnen nemen.<sup>20</sup> Van den Berg heeft vervolgens hetzelfde spoor gevolgd, maar is tot een tegengestelde conclusie gekomen.<sup>21</sup> Ik kom zo dadelijk nog terug op de kern van het debat dat ons verdeeld houdt.

Waar Van den Berg en ik het over eens zijn is dat het in het onderhavige gevaltype uiteindelijk aankomt op de vraag of - en zo ja: welke - normatieve betekenis in het denkschema van art. 6:101 lid 1 BW moet worden toegekend aan de omstandigheid dat aan de aannemer een gebrekkig ontwerp is verstrekt: is dat een omstandigheid die aan de opdrachtgever dient te worden toegerekend? Beiden problematiseren wij deze vraag in de context van de gehoudenheid van de opdrachtgever tot het verlenen van medewerking, voor zover die medewerking noodzakelijk is om de aannemer in staat te stellen de overeenkomst uit te voeren.<sup>22</sup>

Keirse en Broekema-Engelen bekritisieren die benadering met de stelling dat de normschending

van de opdrachtgever niet behoeft te bestaan uit een schending van een norm jegens de aannemer om tot eigen schuld van de opdrachtgever te kunnen concluderen: de aan te leggen norm komt immers neer op het betrachten van voldoende zorg voor eigen persoon en goed, zonder een rechtsplicht of verbintenis ten opzichte van anderen te scheppen.<sup>23</sup> Met die kritiek suggereren zij dat Van den Berg en ikzelf daar anders over zouden denken. Dat is echter niet het geval: in onze benadering wijzen wij er 'slechts' op dat de opdrachtgever gehouden is tot het verlenen van medewerking aan de aannemer en dat de wijze waarop de opdrachtgever dat in het concrete geval doet één van de omstandigheden is die betrokken dient te worden bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een tot eigen schuld leidende normschending van de opdrachtgever. En wanneer men dan - alle omstandigheden van het geval afwegend - inderdaad vindt dat van dat laatste sprake is, is daarmee het oordeel gegeven dat de opdrachtgever onvoldoende zorg voor eigen persoon en goed heeft betracht. En dat gebeurt dan, ook zonder dat dit oordeel is gestoeld op de eventuele vaststelling dat de opdrachtgever met het verlenen van gebrekkige medewerking tekort zou zijn geschoten in enige rechtsplicht of verbintenis jegens de aannemer.

Dat brengt mij bij mijn belangrijkste kanttekening bij het artikel van Keirse en Broekema-Engelen. Zoals ik hierboven aangaf, is een belangrijk kenmerk van het gevaltype dat aan de aannemer een gebrekkig ontwerp wordt verstrekt. In de eerste variant van het gevaltype is dat ontwerp van de opdrachtgever zelf afkomstig. In de tweede variant heeft een ander het ontwerp in opdracht van de opdrachtgever vervaardigd. De hamvraag luidt zoals gezegd: is het aan de aannemer verstrekken van een gebrekkig ontwerp een omstandigheid die aan de benadeelde opdrachtgever kan worden toegerekend? Keirse en Broekema-Engelen schrijven dat dit mogelijk is wanneer de omstandigheid te wijten is aan de schuld van de opdrachtgever dan wel voor zijn risico komt. Daarbij moet dan niet alleen aan eigen onredelijk gedrag van de opdrachtgever worden gedacht, maar ook - bijvoorbeeld - aan een fout van een ander voor wie de opdrachtgever verantwoordelijkheid draagt.<sup>24</sup> Daarmee komen volgens de auteurs beide varianten van het gevaltype - in beginsel - in aanmerking voor een beoordeling op basis van art. 6:101 lid 1 BW.<sup>25</sup> Maar hoe die beoordeling in het kader van met name de tweede door de auteurs onderscheiden denkstap dan precies moet worden geoperationaliseerd - en vooral: waarom dat zo zou moeten gebeuren - daar gaan de auteurs niet op in. Zij schetsen weliswaar de

<sup>16</sup> Zie Van den Berg, diss. Tilburg 1990, a.w. nr. 104. Zoals ik voor al opmerkte, bespreekt hij in dat kader de tweede variant van het gevaltype.

<sup>17</sup> Zie C.E.C. Jansen, *Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 496-497.

<sup>18</sup> Jansen, diss. Tilburg 1998, a.w. p. 491-493.

<sup>19</sup> Zie de voorlaatste noot.

<sup>20</sup> Jansen, diss. 1998, a.w. p. 522-524. In een voorstudie zette ik die laatste stap overigens nog niet, zie: C.E.C. Jansen, 'Toerekening van eigen schuld in het contractenrecht', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 53.

<sup>21</sup> Zie laatstelijk Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 175-178.

<sup>22</sup> En in zoverre is de observatie van Keirse en Broekema-Engelen dat Van den Berg deze laatste benadering - in het veronderstelde geval dus dat art. 6:101 lid 1 BW inderdaad een normschending van de opdrachtgever vereist - als zodanig zou bestrijden, onjuist: zie *TBR* 2018/87, p. 584, voetnoot 19, eerste zin. Wat Van den Berg bestrijdt is dat de benadering, waarbij de medewerkingsgehoudenheid van de opdrachtgever in de analyse wordt betrokken, in beginsel tot de conclusie dient te leiden dat het beroep van de aannemer op eigen schuld van de opdrachtgever moet worden afgewezen.

<sup>23</sup> *TBR* 2018/87, p. 584, voetnoot 19, vanaf de tweede zin.

<sup>24</sup> *TBR* 2018/87, p. 584.

<sup>25</sup> Behoudens de hiervoor reeds genoemde kanttekening die de auteurs maken in het licht van art. 6:171 BW.

denkstappen die op grond van art. 6:101 lid 1 BW moeten worden gezet, maar komen vervolgens niet met een op basis van dat denkschema beredeneerde oplossing van het gevaltype. Dat is jammer, omdat in de bouw(rechts)praktijk en in de bouwrechtelijke doctrine verschillend over die oplossing wordt gedacht en de visie van de auteurs dat debat ongetwijfeld verder zou kunnen brengen. Wellicht kunnen Keirse en Broekema-Engelen alsnog op de kwestie ingaan in een naschrift op de in dit nummer verschenen reacties? Met het oog daarop, formuleer ik hierna een aantal vragen.

Het is hier natuurlijk niet de plaats om het debat over de kwestie waar ik op doel nog eens integraal weer te geven: de bronnen spreken immers voor zich. Het debat gaat in de kern over de vraag of het *enkele* ter beschikking stellen van een gebrek-kig ontwerp aan de aannemer *op zichzelf* reeds voldoende is om een normschending van de opdrachtgever aan te kunnen nemen, waarmee dan de tweede door de auteurs onderscheiden denkstap - de eis van toerekenbaarheid - afgerond zou zijn. Ikzelf beantwoord die vraag bijvoorbeeld ontkennend,<sup>26</sup> terwijl Van den Berg haar bevestigend beantwoordt<sup>27</sup>. Als ik het goed zie, spelen op de achtergrond van het debat rondom deze kernvraag in ieder geval de volgende deelvragen.

1. In het geval dat het leerstuk van eigen schuld moet worden toegepast in het kader van een contractuele verhouding, komt dan bij de tweede denkstap - de beantwoording van de vraag of een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde als een normschending kan worden gekwalificeerd - óók betekenis toe aan hetgeen de benadeelde en diens aansprakelijke wederpartij zijn overeengekomen? Toegespitst op het gevaltype dat in deze bijdrage centraal staat: dient bij de tweede denkstap mede acht te worden geslagen op de inhoud, strekking en reikwijdte van de gehoudenheid van de opdrachtgever tot het verlenen van medewerking aan de uitvoering van de overeenkomst en van de door de aannemer geschonden waarschuwingsplicht?
2. In het verlengde van de vorige vraag: kan een *door* (de eerste variant van het gevaltype) of *namens* de benadeelde (de tweede variant van het gevaltype) in het leven geroepen omstandigheid bij de tweede denkstap wel aan die benadeelde worden toegerekend, wanneer de overeenkomst

nu juist inhoudt dat de aansprakelijke wederpartij de benadeelde voor de gevolgen van het in het leven roepen van die omstandigheid diende te behoeden? Toegespitst op het gevaltype gaat het dan om de volgende stelling die de aannemer in dat gevaltype betreft: 'Hoewel u mij mede heeft ingehuurd om u te behoeden voor de gevolgen van het risico dat door of namens u een gebrekig ontwerp zou worden verstrekt, heb ik u niet voor dat gebrek - waarvan is vastgesteld dat ik het kende of behoorde te kennen - gewaarschuwd. Maar u, u heeft óók iets fout gedaan: u heeft namelijk bewerkstelligd dat het risico - voor de gevolgen waarvan ik u dus ten onrechte niet heb behoed - zich heeft verwezenlijkt.'

3. Wat de *eerste* variant van het gevaltype betreft: wanneer de overeenkomst tussen partijen - in het bijzonder de (geschonden) waarschuwingsplicht van de aannemer - er op zichzelf niet aan in de weg zou staan de verstreking van het gebrek-kige ontwerp als omstandigheid aan de opdrachtgever toe te rekenen, kan die toerekening in de eerste variant dan plaatsvinden *ongeacht* de verdere feiten en omstandigheden van het geval? Te denken valt aan de problematische situatie waarbij het gebrek in het van de opdrachtgever zelf afkomstige ontwerp is geslopen, zonder dat hem in dat verband enig verwijt kan worden gemaakt. Bedacht moet worden dat wanneer de opdrachtgever datzelfde ontwerp door een *ander* zou hebben laten vervaardigen, het wellicht niet mogelijk zou zijn geweest de aansprakelijkheid van die ander voor de gevolgen van dat gebrek te vestigen. Betekent het voorgaande dan dat in de eerste variant van het gevaltype eventuele bijkomende feiten en omstandigheden nodig zijn - in aanvulling dus op de 'neutrale' verstreking van een gebrek-kig ontwerp - om bij de tweede denkstap tot toerekening aan de opdrachtgever te kunnen concluderen? Dient bijvoorbeeld mede acht te worden geslagen op de mate waarin de opdrachtgever ter zake van het gebrek in het ontwerp een verwijt kan worden gemaakt? Komt relevantie toe aan de hoedanigheid van partijen, in het bijzonder hun wederzijdse deskundigheid? Te denken valt aan de situatie waarin een deskundige opdrachtgever had kunnen weten dat als gevolg van door hem gespecificeerde ontwerpeisen een misverstand aan de zijde van de aannemer zou kunnen ontstaan en hij heeft nagelaten dat te voorkomen.
4. Wat de *eerste* variant van het gevaltype betreft: wanneer men in antwoord op de vorige vraag het standpunt inneemt dat in die eerste variant de enkele ('neutrale') verstreking van een gebrek-kig ontwerp op zichzelf reeds een voldoende omstandigheid is op basis waarvan toerekening aan de opdrachtgever mogelijk is, lijkt dat een vorm van risicotoerekening te zijn.

<sup>26</sup> Zie laatstelijk *Aanneming van werk* (Mon. BW nr. B84) 2013/28. Zie eerder ook: diss. Tilburg 1998, a.w. p. 522-524; 'Waarschuwingsplicht en eigen schuld', *BR* 2000, p. 570; *Totstandkoming en inhoud van design & constructiecontracten voor complexe infrastructuurprojecten*, Preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 29 (met medewerking van A.M.J. Vos), Deventer: Kluwer 2001, p. 122-124; 'Eigen schuld in het contractenrecht: mogelijke inconsistentie met regels omtrent prijsaanpassing bij de aanneming van werk', *NTBR* 2006/29 p. 208-209.

<sup>27</sup> Zie laatstelijk Asser/Van den Berg 7-VI 2017/102 op p. 175-178.

Ook in *dat* geval zal toch een normatieve rechtvaardiging voor die toerekening moeten worden gevonden. Hoe luidt die dan? En wanneer die rechtvaardiging er niet is, of wanneer men haar niet nodig acht, is het dan niet zo dat de tweede denkstap daardoor betekenisloos wordt en in feite volledig opgaat in de eerste denkstap: de eis van causaal verband? En zal men in dat geval dan niet alsnog tegen alle hiervoor gestelde vragen aanlopen in het kader van de vierde denkstap: de billijkheidscorrectie? En hoe zouden die vragen *dan* moeten worden beantwoord?

5. Wat de *tweede* variant van het gevaltype betreft: wanneer de overeenkomst tussen partijen - in het bijzonder de (geschonden) waarschuwingsplicht van de aannemer - er op zichzelf niet aan in de weg zou staan het verstrekken van een gebrekkig ontwerp dat een ander in opdracht van de opdrachtgever heeft vervaardigd als omstandigheid aan de opdrachtgever toe te rekenen (zie de deelvragen 1 en 2 hiervoor), wat is dan de normatieve rechtvaardiging voor die toerekening? Dient die te worden gevonden in de enkele omstandigheid dat de aansprakelijkheid van die ander voor de gevolgen van het gebrekkige ontwerp jegens de opdrachtgever kan worden gevestigd, in welk geval dan sprake lijkt te zijn van een vorm van risicotoerekening? Of zijn in de tweede variant van het gevaltype eventuele bijkomende feiten en omstandighe-

den nodig - in aanvulling dus op vaststelling dat de ander jegens de opdrachtgever aansprakelijk is voor het gebrekkige ontwerp - om bij de tweede denkstap tot toerekening aan de opdrachtgever te kunnen concluderen?<sup>28</sup>

6. Wat de *tweede* variant van het gevaltype betreft: wanneer men in antwoord op de vorige vraag het standpunt inneemt dat in die tweede variant de enkele vestiging van aansprakelijkheid van de ander jegens de opdrachtgever op zichzelf reeds een voldoende omstandigheid is op basis waarvan toerekening aan de opdrachtgever mogelijk is, loopt men bij de vierde denkstap (de billijkheidscorrectie) dan niet alsnog tegen een aantal van de hiervoor gestelde vragen aan? En hoe zouden die vragen *dan* moeten worden beantwoord?
7. Wat beide varianten van het gevaltype betreft: wanneer de overeenkomst tussen partijen er op zichzelf niet aan in de weg staat de verstrekking van het gebrekkige ontwerp als omstandigheid aan de opdrachtgever toe te rekenen (zie de deelvragen 1 en 2 hiervoor), kan de opdrachtgever de gevolgen van het verzuim van de waarschuwingsplicht van de aannemer dan aanvullend regelen? In die zin, dat voor dat geval een beroep van de aannemer op eigen schuld in de overeenkomst op voorhand in duidelijke bewoordingen wordt afgesneden, behoudens natuurlijk het bepaalde in art. 6:2 en art. 6:248 lid 2 BW? ●

<sup>28</sup> Het zij herhaald: behoudens dus de hiervoor reeds genoemde kanttekening die Keirse en Broekema-Engelen maken in het licht van art. 6:171 BW.